

Nilo Vizcarra Ruiz
Abogado Consultor

Lima, 21 de octubre de 2013.



Doctora
Carol Apaza Moncada
Secretaria
Caso Arbitral N° A056-2012/AD-HOC (FOSPOLI vs Berthonati)
Dirección de Arbitraje Administrativo
Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE
Av. Gregorio Escobedo Cdra. 7 s/n
Jesús María.-

Asunto: Remite Laudo en Derecho

De mi consideración:

Tengo el agrado de dirigirme a usted en relación con el expediente del exordio con el objeto de remitirle adjunto a la presente cuatro (4) juegos originales del Laudo de Derecho emitido por el suscrito con fecha 14 de octubre del presente para su notificación a las partes, de conformidad con lo establecido en la legislación vigente.

Agradeciendo la confianza depositada en mi persona me despido reiterando mi solicitud para que se ponga en conocimiento de las partes el laudo en cuestión.

Sin otro particular, quedo de usted.

Atentamente.


Nilo Vizcarra Ruiz

LAUDO DE DERECHO

Expediente Arbitral Nº A056-2012

Demandante: BERTONATI TECHNOLOGIES S.A.

Demandado: FONDO DE SALUD DE LA POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ - FOSPOLI

Resolución Nº 18

San Isidro, 14 de octubre de dos mil trece.-

VISTOS:

ANTECEDENTES

HECHOS RELEVANTES NO CONTROVERTIDOS ANTERIORES AL PROCESO ARBITRAL

El proceso de selección y el otorgamiento de la buena pro

1. El 6 de mayo de 2011, el FONDO DE SALUD DE LA POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ - FOSPOLI (en adelante, FOSPOLI, la Entidad o la demandada, indistintamente) convocó al procedimiento de Adjudicación de Menor Cantidad Nº 38-2011-IN-PNP-FOSPOLI, derivado de la Licitación Pública Nº 009-2010-IN-PNP-FOSPOLI - SEGUNDA CONVOCATORIA "ADQUISICION DE AMBULANCIAS".
2. El 23 de mayo de 2011, en Acto Público y ante presencia notarial, el Comité Especial encargado de la Adjudicación de Menor Cantidad Nº 38-2011-IN-PNP-FOSPOLI adjudicó la Buena Pro a BERTONATI TECHNOLOGIES S.A. (en adelante, BERTONATI, la contratista o la demandante, indistintamente).
3. En la misma fecha, vale decir el 23 de mayo de 2011, de conformidad con lo señalado en la Ley, quedó consentida la Buena Pro, por lo que FOSPOLI solicitó a BERTONATI remitir la documentación necesaria para la suscripción del contrato correspondiente.

El Contrato, su objeto y su Adenda

4. El 28 de junio de 2011 BERTONATI y FOSPOLI suscribieron el Contrato 191-2011-DG-PNP-FOSPOLI (en adelante, el Contrato), cuyo objeto era la adquisición de veinticinco (25) Ambulancias Urbanas Tipo II (en adelante, los bienes objeto del contrato o las ambulancias, indistintamente) para las distintas unidades asistenciales de la Dirección de Salud de la Policía Nacional del Perú por un precio total de S/. 6'318,250.00 (Seis millones trescientos dieciocho mil doscientos cincuenta y 00/100 Nuevos Soles).
5. El 26 de agosto de 2011, las partes celebraron una ADENDA (Cláusula Adicional) al Contrato, a través de la cual se acordó la variación del color de la franja lateral de las ambulancias y la modificación del Cuadro de Distribución que contenía las Unidades en las que debían entregarse las ambulancias.

La solicitud de recepción de las ambulancias

6. El 9 de noviembre de 2011, mediante Carta BT. Nº 0491-11, BERTONATI solicita a FOSPOLI *"se conforme la Comisión de Recepción de las unidades para proceder a la entrega el día 15 de noviembre"* y, de otra parte, se indique *"el lugar donde se realizará la entrega y la persona de contacto para realizar las coordinaciones respectivas y el personal de FOSPOLI para la programación de las radios de comunicación"*.
7. En dicha comunicación BERTONATI señala que *"las ambulancias (...) ya se encuentran en travesía a Perú"*.

La solicitud de ampliación de plazo

8. El 14 de noviembre de 2011, mediante Carta Nº BT.SQ 507-11, BERTONATI se dirige a FOSPOLI con el objeto de solicitarle una ampliación de plazo por 45 días calendarios para la entrega de las 25 ambulancias urbanas Tipo II, argumentando retrasos en la entrega de algunos componentes de las ambulancias, debido a paralizaciones y huelgas en Europa.

El vencimiento del plazo para la entrega

9. El 15 de noviembre de 2011, venció el plazo acordado para la entrega de la totalidad de las ambulancias, el mismo que había sido fijado en 139 días calendarios contados desde la suscripción del contrato.

La negativa a la solicitud de ampliación de plazo

10. El 18 de noviembre de 2011, mediante Notificación Nº 244-2011-DGPNP-FOSPOLI-GG-SEC, FOSPOLI desestima la solicitud de ampliación de plazo de 45 días calendarios efectuada por BERTONATI.
11. El 23 de noviembre de 2011, mediante Carta Nº 111-2011-DG.PMP.FOSPOLI.GG.DIVLOG.DADQ.sec, FOSPOLI se dirige a BERTONATI con el objeto de requerirle el internamiento de las ambulancias contratadas en un plazo de cinco (5) días hábiles.

El procedimiento de conciliación

12. El 30 de noviembre de 2011, mediante Carta Nº BT 556-11, BERTONATI solicita el inicio de un procedimiento de conciliación con FOSPOLI ante PROJUS.
13. El 12 de diciembre de 2011 se realiza la Primera Audiencia de Conciliación sin la presencia de los representantes de FOSPOLI.
14. El 21 de diciembre de 2011 se realiza la Segunda Audiencia de Conciliación también sin la presencia de los representantes de FOSPOLI.

La solicitud para el inicio del proceso arbitral

15. El 13 de enero de 2012, BERTONATI remite a FOSPOLI su Carta BT.SQ. Nº 033-12, a través de la cual solicita formalmente el inicio de un Proceso Arbitral.
16. El 26 de enero de 2012, mediante Notificación Nº 012-2011-DGPNP-FOSPOLI-GG-SEC, FOSPOLI pone en conocimiento de BERTONATI su Resolución de Directorio Nº 02-2012-PD-FOSPOLI, a través de la cual resuelve DESESTIMAR la solicitud de inicio de Proceso Arbitral por considerarla extemporánea.

HECHOS RELEVANTES DEL PROCESO ARBITRAL

Ley aplicable

17. La Adjudicación de Menor Cantidad Nº 38-2011-IN-PNP-FOSPOLI, de la que se derivó el Contrato, se convocó al amparo de lo establecido en el Decreto

Legislativo N° 1017, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, la Ley) y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante, el Reglamento); siendo ambas normas las aplicables al fondo de la controversia.

Cláusula Arbitral

18. La Cláusula Vigésimo Cuarta “SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS” del Contrato estableció en su primer párrafo que:

“Todos los conflictos que deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado.”

Solicitud de Nombramiento de Árbitro

19. Mediante escrito presentado el 15 de febrero de 2012, la demandante solicitó al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante, el OSCE) el nombramiento de un árbitro que se encargue de resolver las controversias surgidas con la demandada y derivadas del Contrato.

Designación de Árbitro Único

20. Mediante Resolución N° 101-2012-OSCE/PRE del 13 de abril de 2012, la Presidencia Ejecutiva del OSCE designó al suscrito como Árbitro Único encargado de resolver las controversias surgidas entre la demandante y la demandada (en adelante, el Árbitro Único).

Instalación del Árbitro Único

21. El 13 de junio de 2012, en la sede institucional del OSCE, y con la participación de los representantes de la demandante, de la demandada y del Árbitro Único, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Árbitro Único, otorgándosele a la parte demandante un plazo de diez (10) días hábiles para la presentación de su demanda.

Demanda y Pretensión

22. El 26 de junio de 2012, dentro del plazo establecido en la Audiencia de Instalación del Árbitro Único, la demandante interpuso su demanda cuya Petitorio consistía en:

“...

1. *Se deje sin efecto legal la NOTIFICACION Nº 244-2011-DFPNP-FOSPOLI-GG-SEC de fecha 18-11-11, donde el Fondo de Salud de la Policía Nacional del Perú – FOSPOLI ha DESESTIMADO la solicitud de ampliación de plazo de 45 días calendario solicitado por nuestra empresa y como consecuencia de ello se le ordene a esta Entidad policial otorgue a nuestro favor la AMPLIACION DE PLAZO por 45 días calendarios.*
 2. *Se ordene al Fondo de Salud de la Policía Nacional del Perú – FOSPOLI para que nos otorgue las CONSTANCIAS DE PRESTACION y las CONSTANCIAS DE CONFORMIDAD respecto del internamiento de 25 las ambulancias.*
 3. *Se ordene al Fondo de Salud de la Policía Nacional del Perú – FOSPOLI para que asuma la integridad de los costos y costas del proceso arbitral, gastos administrativos que ha tenido que asumir nuestra empresa a consecuencia del proceso arbitral.*
- ...”.

Contestación de la Demanda

4. El 14 de agosto de 2012, luego de efectuado el traslado de la demanda a la demandada, ésta la contestó “*negándola y contradiciéndola, en todos sus extremos*”, así como solicitando que “*oportunamente (sea) declarada INFUNDADA, con expresa condena en costas y costos*”.

5. Efectuado el traslado del escrito presentado el 14 de octubre de 2012 por la demandada, a través del cual contestó la demanda, la demandante absolvio dicho traslado mediante Escrito del 22 de noviembre de 2012.
6. El 27 de diciembre de 2012, ante el requerimiento efectuado por el Árbitro Único, ambas partes presentaron sus escritos proponiendo sus puntos controvertidos.
7. El 22 de enero de 2013 se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, según consta en el Acta de la misma fecha.

Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos

Saneamiento Procesal

8. En dicha Audiencia, ante la existencia de una relación jurídica procesal válida, el Árbitro Único declaró saneado el proceso.
9. Asimismo, habiendo determinado que las pretensiones de las partes no se encontraban incursas en las excepciones establecidas en el artículo 2º de la Ley, el Árbitro Único declaró el saneamiento arbitral.

Conciliación

10. De igual manera, en dicha Audiencia, y ante la invitación del Árbitro Único para que las partes concilién las materias controvertidas del proceso arbitral, las partes señalaron que sobre ellas no resultaba posible arribar a una conciliación, dejando constancia el Árbitro Único de la posibilidad de conciliar en cualquier estado del proceso.

Puntos Controvertidos

11. Luego de que las partes manifestaran la imposibilidad de arribar a un acuerdo conciliatorio, el Árbitro Único fijó como puntos controvertidos los siguientes:

“(...)

1. *Determinar la procedencia del pedido del Contratista para el otorgamiento de un plazo ampliatorio de cuarenta y cinco (45) días calendario a su favor.*
 2. *Determinar la procedencia de la imposición de la penalidad por incumplimiento en la entrega dentro del plazo estipulado en la Cláusula Tercera del Contrato N° 191-2011-DG-PNP-FOSPOLI y, en consecuencia, la procedencia del pedido del Contratista para la devolución de la penalidad aplicada en su contra por un monto de S/. 631,825.00*
 3. *Determinar la procedencia del pedido del Contratista para la emisión de las Constancias de Prestación y las Constancias de Conformidad a favor del Contratista, respecto al internamiento de veinticinco (25) ambulancias.*
 4. *Determinar la procedencia del pedido del Contratista para que la Entidad asuma la integridad de los costos y costas del proceso arbitral más los gastos administrativos asumidos por el Contratista. (...)".*
12. En dicha Audiencia, además, el Árbitro Único se reservó el derecho de pronunciarse respecto a la materia controvertida no necesariamente en el orden en el que habían sido señalados los puntos controvertidos, reservándose asimismo, con expresión de razones, el pronunciamiento sobre algún punto controvertido si ello careciera de objeto, en razón del pronunciamiento sobre otro u otros puntos controvertidos con los que el omitido guarde vinculación, cuestiones todas éstas sobre las que las partes manifestaron su conformidad.

Admisión de Medios Probatorios

13. Seguidamente, y de conformidad con lo establecido en el Acta de Instalación, el Árbitro Único procedió a admitir los medios probatorios ofrecidos por las partes:

En el caso de los medios probatorios ofrecidos por la demandante:

Se admitieron y tuvieron por actuados los medios probatorios ofrecidos por la demandante en el punto V "MEDIOS PROBATORIOS" del numeral 1 al 16 del escrito de fecha 26 de junio de 2012.

En el caso de los medios probatorios ofrecidos por la demandada:

Se admitieron y tuvieron por actuados los medios probatorios ofrecidos por la demandada, en el punto IV “MEDIOS PROBATORIOS” del numeral 1 al 3 del escrito de fecha 14 de agosto de 2012.

14. Finalmente, se convocó a las partes a una Audiencia Especial para el 28 de enero de 2013 a las 10:30am

Audiencia Especial del 28 de enero de 2013

15. El 28 de enero de 2013, conforme a la convocatoria efectuada en Audiencia anterior por el Árbitro Único, se llevó a cabo la Audiencia Especial, según consta en el Acta de la misma fecha.
16. En dicha Audiencia, luego de escuchar la exposición de los representantes de las partes y las respuestas a las preguntas que formulara el Árbitro Único, y atendiendo a los hechos expuestos por aquéllas, éste les requirió la presentación de la documentación cuyo detalle obra en dicha Acta, otorgando a las partes un plazo de diez (10) días hábiles para ello.

Presentación de Alegatos Escritos

17. El 2 y 3 de julio de 2013, dentro del plazo concedido por el Árbitro Único, la demandante y la demandada, respectivamente, presentaron sus alegatos escritos.

Informes Orales

18. El 9 de julio de 2013 se realizó la Audiencia de Informes Orales en la que los representantes de las partes hicieron uso de la palabra, y en la que el Árbitro Único, luego de efectuar diversas preguntas, requirió a la demandante para que cumpla con presentar documentación adicional, dejando sin efecto el extremo segundo de la Resolución N° 12 con el que se cerraba la etapa probatoria.

Audiencia Especial del 22 de agosto de 2013

19. El 22 de agosto de 2013, conforme a la convocatoria efectuada previamente, se llevó a cabo una segunda Audiencia Especial con la participación de los representantes de la demandante, según consta en el Acta de la misma fecha.

Cierre de Etapa Probatoria y Fijación de Plazo para Laudar

20. En dicha Audiencia, luego de escuchar la exposición de los representantes de la parte presente, el Árbitro Único cerró la etapa probatoria y fijó en veinte (20) días hábiles el plazo para laudar.
21. Finalmente, el 17 de setiembre de 2013 se emitió la Resolución N° 17 a través de la cual se ampliaba el plazo para laudar en veinte (20) días hábiles adicionales a los establecidos en Audiencia Especial del 22 de agosto de 2013, los mismos que vencen el 23 de octubre de 2013, tomando en consideración los feriados del 29 y 30 de agosto, así como los del 7 y 8 de octubre.
22. Que, en tal sentido, el Árbitro Único se encuentra en condiciones de expedir el laudo arbitral, de acuerdo a lo siguiente.

CONSIDERANDO:

1. Que, previamente, conforme a lo señalado en los Vistos y antes de entrar al análisis de la materia controvertida, corresponde confirmar que:
 - i. El Árbitro Único se ha constituido de conformidad con lo establecido en la Cláusula Vigésimo Cuarta del Contrato y en la Resolución N° 101-2012-OSCE/PRE del 13 de abril de 2012 de la Presidencia Ejecutiva del OSCE.
 - ii. La demandante ha presentado su demanda dentro de los plazos establecidos y ha ejercido plenamente su derecho a accionar por una tutela jurisdiccional efectiva.
 - iii. La demandada ha sido debidamente emplazada y ha ejercido plenamente su derecho de defensa.
 - iv. Ambas partes han tenido la oportunidad de ofrecer y actuar sus medios probatorios, así como de presentar alegatos e informar oralmente, por lo que el proceso se ha llevado a cabo respetando el derecho de ambas partes al debido proceso.

2. Que, por otro lado, estando a que los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Árbitro Único respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones, conforme a los principios generales de la prueba (Necesidad, Originalidad, Pertinencia y Utilidad de la Prueba), debe señalarse que los medios probatorios ofrecidos han sido valorados de manera conjunta utilizando una apreciación razonada.
3. En tal sentido, el análisis del material probatorio obrante en el expediente y admitido en la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios ha estado orientado a esclarecer los puntos controvertidos detallados en la referida audiencia y en la parte declarativa del presente laudo.
4. Por ello, aunque en el análisis probatorio contenido en los siguientes considerandos no se haga mención a algún medio probatorio admitido y actuado, esto no debe interpretarse como una ausencia de valoración de dicho medio probatorio por el Árbitro Único, sino tan solo como una priorización de las referencias a aquéllos que a juicio del Árbitro Único han sido considerados como más relevantes.
5. Que, de igual manera, el Árbitro Único considera que el análisis que en los siguientes considerandos realice sobre la materia controvertida puede ser realizado, para su mejor resolución y comprensión, en un orden y forma distintas a las planteadas inicialmente, lo que no puede ni debe ser interpretado como una omisión en el análisis de la materia controvertida pues, luego, el Árbitro Único se pronunciará uno a uno sobre todos y cada uno de los Puntos Controvertidos.

PUNTOS CONTROVERTIDOS

“(…)

- 1. Determinar la procedencia del pedido del Contratista para el otorgamiento de un plazo ampliatorio de cuarenta y cinco (45) días calendario a su favor.*
- 2. Determinar la procedencia de la imposición de la penalidad por incumplimiento en la entrega dentro del plazo estipulado en la Cláusula Tercera del Contrato N° 191-2011-DG-PNP-FOSPOLI y, en consecuencia, la*

procedencia del pedido del Contratista para la devolución de la penalidad aplicada en su contra por un monto de S/. 631,825.00

3. Determinar la procedencia del pedido del Contratista para la emisión de las Constancias de Prestación y las Constancias de Conformidad a favor del Contratista, respecto al internamiento de veinticinco (25) ambulancias.

4. Determinar la procedencia del pedido del Contratista para que la Entidad asuma la integridad de los costos y costas del proceso arbitral más los gastos administrativos asumidos por el Contratista.”

ARGUMENTOS DE LAS PARTES EN RELACIÓN CON LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS Y POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO: Sobre la procedencia del pedido de BERTONATI para el otorgamiento de un plazo ampliatorio de cuarenta y cinco (45) días calendario a su favor.

Los argumentos de BERTONATI en relación con el Primer Punto Controvertido

6. BERTONATI ha argumentado que su solicitud de ampliación de plazo se sustenta en “*los retrasos en las entregas de ALGUNOS COMPONENTES de las ambulancias, DEBIDO A PAROS Y HUELGAS EN EUROPA*”¹.
7. Aunque BERTONATI se ha referido a “algunos componentes de las ambulancias”, el sustento de su pretensión está basado en la demora en el suministro del componente principal: el vehículo automotor sobre el que se “montará” la ambulancia.
8. En efecto, BERTONATI señala que el proveedor (Peugeot, cuyo representante en el Perú es Braillard) del vehículo automotriz (Furgón Peugeot Boxer Modelo L3H2) con el que se fabricará la ambulancia viene sufriendo una serie de retrasos tanto en la producción como en el transporte de los vehículos cuyo suministro ha solicitado.
9. Señala BERTONATI que, dichos retrasos, se deben, además de las características especiales que han sido solicitadas por FOSPOLI, a que “... en el

¹ Numeral 5 de los Fundamentos de Hecho de su Escrito de Demanda presentado el 26 de junio de 2012 (último párrafo de la pág. 3 y primero de la pág. 4).

transcurso del plazo contractual (se) suscitaron paros y huelgas en algunos países de Europa como Italia, Francia que (se) iniciaron el 06 DE SETIEMBRE DE 2011 las mismas (sic) que culminaron en el MES DE NOVIEMBRE DE 2011 ...”²

10. En efecto, señala BERTONATI que su “*solicitud de Ampliación de plazo por 45 días calendarios para la entrega de las 25 ambulancias urbanas Tipo II, (...) fue planteada ante el FOSPOLI en fecha 14 de noviembre del 2011 (DENTRO DEL PLAZO CONTRACTUAL), mediante CARTA Nº BT.SQ 507-11*”, comunicación en la cual se explicaba que (...) “*...teniendo como base los retrasos en las entregas de algunos componentes de las ambulancias, DEBIDO A PAROS Y HUELGAS EN EUROPA. Asimismo, se comunicó al FOSPOLI que parte de las unidades ya están en tránsito al Perú, con lo que se podría avanzar con las capacitaciones e instalaciones de radios respectivas. (...)*”³.
11. Para sustentar su postura, cita BERTONATI una comunicación que le remitiera el proveedor del componente automotriz de las ambulancias señalando que:

“en fecha 20-11-2012, mediante Carta emitida por la Empresa PEUGEOT (BRAILLARD) nos da a conocer que el procedimiento regular se ha visto retrasado por circunstancias fortuitas puesto que el material solicitado por FOSPOLI se debe realizar directamente a casa matriz de Europa (sic), lo cual implica un pedido especial que demora alrededor de 90 días para su entrega, sin embargo debido a las paralizaciones y huelgas producidas en los países europeos se ha visto afectada no solo la producción de los componentes motrices sino también el transporte de los mismos”⁴.

12. La comunicación de Braillard a la que hace referencia BERTONATI señala lo siguiente:

“Nos es muy grato dirigirnos a ustedes, con la finalidad de poner en su conocimiento que los componentes motrices de los vehículos modelo Boxer L3H2 que nos han solicitado (los cuales formarían parte de las ambulancias urbanas que deben entregar al FOSPOLI), son componentes específicos, distintos a la configuración regular que nuestra

² Numeral 1 de su Escrito presentado el 12 de julio de 2013 (último párrafo de la pág. 1 y primero de la pág. 2).

³ Numeral 19 de los Fundamentos de Hecho de su Escrito de Demanda presentado el 26 de junio de 2012 (último párrafo de la pág. 6 y primero de la pág. 7).

⁴ Numeral 7 de los Fundamentos de Hecho de su Escrito de Demanda presentado el 26 de junio de 2012 (tercer párrafo de la pág. 4).

representada comercializa en el mercado local, por contar con adicionales en su equipamiento que deben ser instalados en fábrica (airbags, faros neblineros, alternador, aire acondicionado, etc.).

Atendiendo a ello, para la adquisición de estos vehículos debe de hacerse un pedido especial directo a la casa matriz de Europa, el cual tiene un plazo regular desde sus solicitud hasta su entrega de aproximadamente 90 días. Sin embargo, debido a retrasos generados por las paralizaciones y huelgas producidas en los países europeos de los últimos días, las cuales han sido de público conocimiento, se han visto afectados tanto en la producción de los componentes motrices antes indicados como el transporte de los mismos.

Al respecto, vale la pena precisar que los componentes motrices Boxer L3H2 se fabrican especialmente de acuerdo a la configuración que ha formulado FOSPOLI, que no es la misma que la de los furgones que se fabrican regularmente para el mercado peruano. Así Peugeot fabrica las unidades en la planta de Seville – Italia y cuando éstas están terminadas se trasladan por vía terrestre a Francia para embarcarse desde un puerto de dicho país hacia el puerto de San Antonio – Chile, en donde, según tenemos entendido, se instalan los otros componentes que conforman las ambulancias.

Como ya lo hemos expresado, dicho procedimiento regular se ha visto retrasado por circunstancias fortuitas ajenas al fabricante, pues las paralizaciones y huelgas ocurridas tanto en Italia como en Francia durante las últimas semanas, incluidos los sectores industriales y de transportes, determinaron que los componentes motrices antes mencionados lleguen con algún retraso a Chile. (...)"⁵

13. En ese sentido, BERTONATI señala que su proveedor “*constata que la entrega del material se debe a retrasos ocasionados por circunstancias no imputables al Contratista y que por tanto la producción de los componentes motrices como el transporte de los mismos se han visto afectados por las paralizaciones y huelgas en Europa, con lo cual demostramos en forma objetiva los*

⁵ Numeral 21 de los Fundamentos de Hecho de su Escrito de Demanda presentado el 26 de junio de 2012 (tres últimos párrafos de la pág. 7 y dos primeros de la pág. 8).

*fundamentos de nuestra solicitud de ampliación de plazo, porque estos sucesos generaron el retraso parcial en la entrega de las ambulancias*⁶.

14. BERTONATI señala que la demora en la entrega del componente automotriz a su principal en Chile, afectó de manera determinante el proceso de fabricación y equipamiento de las ambulancias y la oportunidad de su entrega en el Perú.

“Con relación al impacto que (las huelgas y paralizaciones) habrían tenido en el cumplimiento oportuno de (su) obligación (BERTONATI señala) que (dichas) huelgas y paralizaciones realizadas en varios países de Europa afectaron indefectiblemente en el cumplimiento oportuno de nuestra obligación, ya que debido a ello se originaron retrasos en las entregas de algunos componentes de las Ambulancias como por ejemplo el Chasis Portante Peugeot Boxer, sin el cual no podía iniciarse el proceso de fabricación y equipamiento de las ambulancias, hechos demostrados y probados fehacientemente con los documentos adjuntos.

Entonces los retrasos se debió (sic) a las graves paralizaciones y huelgas producidas en Italia y Francia; y consecuentemente esto demoró el despacho mismo del componente motriz final requerido, esto es el Furgón Peugeot Boxer Modelo L3H2 a la planta ubicada en Chile para su posterior transformación y equipamiento ...”⁷

“La programación de la entrega del componente motriz furgón Peugeot Bóxer, fue afectada por los hechos fortuitos en desabastecimiento de suministros y transporte, descritos por el representante del fabricante Peugeot, lo que a su vez, trajo como consecuencia el desfase del calendario de entregas del producto final, que es la Ambulancia equipada.

Siendo que la llegada del Componente Motriz Furgón Boxer, el hito que marca el punto de partida de la programación de la entrega del producto final, su desfase trajo como consecuencia el desfase en la entrega del producto final Ambulancia Bertonati.

⁶ Numeral 22 de los Fundamentos de Hecho de su Escrito de Demanda presentado el 26 de junio de 2012 (tercer párrafo de la pág. 8).

⁷ Numerales 15 y 16 de su Escrito presentado el 12 de julio de 2013 (tercer y cuarto párrafo de la pág. 5).

Es necesario aclarar, que la especificación solicitada por Fospoli de las características del componente motriz, aunado al tipo de motor necesario que funcione adecuadamente con la calidad y contenido de azufre del combustible que se usa en el Perú (...) cuya producción del motor está prohibida para su uso en los países fabricantes (...) añade una complicación en los calendarios de entrega de los fabricantes de estos componentes.

*Asimismo, indicamos que estos pedidos de unidades especiales, se ven privilegiados en el plazo de entrega cuanto mayor es la cantidad ordenada*⁸.

15. En relación con la afirmación efectuada por FOSPOLI en el sentido que *"en el caso de huelgas y paros, estas cesaron el 06-09-11 pudiendo haber solicitado la ampliación de plazo hasta el 15-09-11"*, señala BERTONATI *"que efectivamente desde el día 06-09-11 existieron paros y huelgas en EUROPA (...), sin embargo ESTOS HECHOS AUN NO HABIAN FINALIZADO YA QUE CON FECHA 07-11-11 HUBO UNA HUELGA GENERAL DE TRANSPORTE EN ITALIA, ello podemos probarlo con el reporte periodístico que fue presentado al FOSPOLI pero que NO FUE TOMADO EN CONSIDERACIÓN, por lo que podemos llegar a la conclusión de que los HECHOS GENERADORES DE RETRASO O PARALIZACION aun NO HABIAN FINALIZADO en EUROPA, por lo que consideramos que es válida y aceptable la solicitud de ampliación de plazo por 45 días calendarios para la entrega total y completa de las 25 ambulancias ..."*⁹.
16. BERTONATI concluye su argumentación señalando que su solicitud de ampliación de plazo se *"amparó (...) en hechos reales que se producían en una esfera que no era de su dominio"*¹⁰ por lo que se enmarca en un supuesto de fuerza mayor previsto por el artículo 1315º del Código Civil¹¹, *"norma (que) señala los tres elementos que deben existir para considerar que nos encontramos frente a un supuesto de caso de fuerza mayor; es decir, que el*

⁸ Numeral 4 de Escrito presentado el 14 de febrero de 2013 (último párrafo de la pág. 9 y cuatro primeros de la pág. 10).

⁹ Numeral 23 de los Fundamentos de Hecho de su Escrito de Demanda presentado el 26 de junio de 2012 (último párrafo de la pág. 8 y primero de la pág. 9).

¹⁰ Numeral 25 de los Fundamentos de Hecho de su Escrito de Demanda presentado el 26 de junio de 2012 (tercer párrafo de la pág. 10).

¹¹ *"Artículo 1315º.- Caso fortuito o fuerza mayor*

Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso".

*hecho sea extraordinario, imprevisible e irresistible, lo cual en este caso se ha cumplido en forma estricta, ya que, Peugeot fabrica las unidades (componentes motrices Boxer L3H2) en la planta de Seville – Italia y cuando éstas están terminadas se trasladan por vía terrestre a Francia para embarcarse desde un puerto de dicho país hacia el puerto de San Antonio – Chile, producción y transporte que no se ha podido producir por las circunstancias que ocurrieron en Europa y que son de conocimiento público*¹².

17. Finaliza BERTONATI su argumentación señalando que “*A LA FECHA TODAS LAS AMBULANCIAS SE ENCUENTRAN EN LOS ALMACENES DEL FOSPOLI, CONFORME PUEDEN VERIFICAR EN LAS ACTAS DE ENTREGA FIRMADOS PARA ESTE FIN, que se encuentran en poder de la Entidad, lo cual demuestra la seriedad con la que ha actuado nuestra empresa en el cumplimiento de este contrato, por lo que, no corresponde que se pretenda penalizar por estos retardos (sic) debidamente justificados*
- ¹³
- .

Los argumentos de FOSPOLI en relación con el Primer Punto Controvertido

18. En cuanto a la pretensión de entregar parcialmente las ambulancias contratadas, señala FOSPOLI que, conforme a lo establecido por el artículo 142º del Reglamento¹⁴, el Contrato es obligatorio para las partes, siendo que en su Cláusula Tercera se establece expresamente que:

*“La entrega de la totalidad de ambulancias contratadas se realizará en un solo internamiento de acuerdo al cronograma de entrega señalado (...)"*¹⁵.

¹² Numeral 26 de los Fundamentos de Hecho de su Escrito de Demanda presentado el 26 de junio de 2012 (último párrafo de la pág. 10 y dos primeros de la pág. 11).

¹³ Numeral 30 de los Fundamentos de Hecho de su Escrito de Demanda presentado el 26 de junio de 2012 (último párrafo de la pág. 13).

¹⁴ *“Artículo 142º.- Contenido del Contrato*

El contrato está conformado por el documento que lo contiene, las Bases Integradas y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes y que hayan sido expresamente señalados en el contrato.

El contrato es obligatorio para las partes y se regula por las normas de este Título. Los contratos de obras se regulan, además, por el Capítulo III de este Título. En lo no previsto en la Ley y el presente Reglamento, son de aplicación supletoria las normas de derecho público y, sólo en ausencia de éstas, las de derecho privado”.

¹⁵ Numeral 2 de los Fundamentos de Hecho de su Escrito de Contestación de Demanda presentado el 14 de agosto de 2012 (último párrafo de la pág. 2).

19. Agrega FOSPOLI que, conforme a la citada Cláusula Tercera del Contrato "*la Entidad no está obligada a recibir los vehículos después de la fecha límite de entrega, sin lugar a reclamo del contratista por daños y perjuicios*".
20. FOSPOLI señala que el 9 de noviembre de 2011, 6 días antes del vencimiento del plazo contractual para la entrega de las ambulancias, BERTONATI le remitió la Carta BT Nº 0491-11 a través de la cual se solicitaba "*la conformación de la Comisión de recepción de las unidades, a efectos de proceder con la entrega en la fecha pactada, esto es el 15 DE NOVIEMBRE DE 2011 EN HORAS DE LA TARDE*" pues "*los referidos bienes YA SE ENCONTRABAN EN TRAVESIA A PERU*"¹⁶.
21. Agrega FOSPOLI que, no obstante haber solicitado la recepción de las ambulancias, el 15 de noviembre de 2011 -día pactado para la entrega- BERTONATI no sólo no entregó ni una sola de las ambulancias sino que se tomó conocimiento por parte del Gerente de Producción y Servicio que un día antes, vale decir el 14 de noviembre se había solicitado una ampliación de plazo de 45 días calendarios para el internamiento de las 25 ambulancias, bajo el argumento de que había habido un retraso en la entrega de diversos componentes de las ambulancias debido a los paros y huelgas en Europa.
22. Pero según argumenta FOSPOLI, BERTONATI no sólo entregó ninguna ambulancia sino que informó que solo una parte de las unidades contratadas se encontraba en tránsito hacia el Perú, motivo por el cual solicitaba una ampliación de 45 días calendarios.
23. FOSPOLI señala que la pretensión de BERTONATI viola el principio de fuerza vinculatoria de los contratos o *pacta sunt servanda* recogido por el artículo 1361º del Código Civil, conforme al cual "*los contratos (...) se celebran para ser cumplidos y (...) están sujetos al deber de la observancia, en cuanto al carácter obligatorio del contenido de la declaración contractual, y la presunción de coincidencia entre esta declaración y la voluntad común, en otras palabras, las partes se obligan al cumplimiento del contrato, por un lado una de entregar los bienes en la fecha estipulada en el contrato y bajo las condiciones establecidas y la otra a realizar el pago en la forma prevista*"¹⁷.

¹⁶ Numeral 6 de los Fundamentos de Hecho de su Escrito de Contestación de Demanda presentado el 14 de agosto de 2012 (tercer párrafo de la pág. 3).

¹⁷ Numeral 10 de los Fundamentos de Hecho de su Escrito de Contestación de Demanda presentado el 14 de agosto de 2012 (último párrafo de la pág. 3 y primero de la pág. 4).

24. En tal sentido, la pretensión de BERTONATI de entregar de manera sucesiva y parcial los bienes objeto del contrato viola su obligación de *"someterse a los términos y condiciones del contrato, (pues) la contratista debió cumplir con entregar la TOTALIDAD DE LOS BIENES DETALLADAS EN EL CONTRATO, y no pretendiendo internar solo parte de ellos"*¹⁸.
25. En cuanto a la pretensión de ampliación del plazo contractual, FOSPOLI señala que, conforme a lo establecido por los artículos 41° de la Ley y 175° del Reglamento:

*"... para solicitar una ampliación de plazo por atrasos o paralizaciones ajenas a su voluntad, debía fundamentar y acreditar los hechos mencionados, esto es, adjuntar en dicha solicitud documento alguno de parte del fabricante o de su casa matriz que sustente dichos problemas en la fabricación, ensamblaje o traslado de los bienes licitados, no bastando con adjuntar recortes periodísticos sobre huelgas en diferentes países, lo cual no es un sustento válido para solicitar dicha ampliación de plazo, puesto que no es posible determinar con la documentación adjuntada por el contratista sobre si verdaderamente dicha situación efecto el traslado de los bienes, o cuando empezó o culminó el hecho generador como lo establece la norma más aún si no adjunto documento alguno de la fábrica que corrobore lo indicado, por lo que dicha documentación no es medio de prueba idóneo para sustentar una ampliación de plazo al ser la misma ambigua"*¹⁹.

26. Dicho de otro modo, FOSPOLI señala que la pretensión de BERTONATI para que se le amplíe el plazo contractual, además de haber causado extrañeza por haber sido presentada después de haberse solicitado la recepción de las ambulancias, no ha sido acreditada.
27. Finaliza FOSPOLI señalando que BERTONATI ha inejecutado sus obligaciones con dolo evidente pues *"no cumplieron su obligación en forma deliberada, es decir con dolo, por cuanto su actuación reunió en todo momento el conocimiento y voluntad de obrar en forma abstencionista. En este orden, debemos señalar que es de elemental probanza que los demandados conocían desde el mes de setiembre los problemas que se suscitaban en Europa, no*

¹⁸ Numeral 11 de los Fundamentos de Hecho de su Escrito de Contestación de Demanda presentado el 14 de agosto de 2012 (segundo párrafo de la pág. 4).

¹⁹ Numeral 13 de los Fundamentos de Hecho de su Escrito de Contestación de Demanda presentado el 14 de agosto de 2012 (cuarto párrafo de la pág. 4).

*obstante ello, solicitan habilitación de día y hora para la entrega de las ambulancias para cinco (05) días después solicitar una ampliación de plazo en la cual señalamos el incumplimiento doloso por parte de los demandantes de sus obligaciones contractuales*²⁰.

La posición del Árbitro Único en relación con el Primer Punto Controvertido

28. Es objeto de análisis en el presente extremo del Laudo la determinación de la procedencia o improcedencia de la solicitud para el otorgamiento de una ampliación del plazo contractual establecido para la entrega de las ambulancias.
29. En relación con aquello que constituye el objeto de análisis del presente punto controvertido, artículo 175º del Reglamento establece lo siguiente:

“Artículo 175.- Ampliación del plazo contractual

Procede la ampliación del plazo en los siguientes casos:

- 1. Cuando se aprueba el adicional, siempre y cuando afecte el plazo. En este caso, el contratista ampliará el plazo de las garantías que hubiere otorgado.*
- 2. Por atrasos o paralizaciones no imputables al contratista.*
- 3. Por atrasos o paralizaciones en el cumplimiento de la prestación del contratista por culpa de la Entidad; y,*
- 4. Por caso fortuito o fuerza mayor.*

El contratista deberá solicitar la ampliación dentro de los siete (7) días hábiles de aprobado el adicional o de finalizado el hecho generador del atraso o paralización.

(...)"

30. Como se ha señalado ampliamente en los numerales precedentes el argumento de BERTONATI radica en un hecho de fuerza mayor, el mismo que estaría constituido por la existencia de paralizaciones y/o huelgas en Europa, las mismas que se *“iniciaron el 6 de setiembre de 2011 y culminaron en el mes*

²⁰ Numeral 19.2 de los Fundamentos de Hecho de su Escrito de Contestación de Demanda presentado el 14 de agosto de 2012 (tercer párrafo de la pág. 6).

*de noviembre de 2011*²¹ y habrían afectado la operación y el suministro del componente motriz de las ambulancias desde Italia/Francia a Chile²².

31. En relación con la existencia de paralizaciones y/o huelgas en Europa, BERTONANTI ha adjuntado diversos artículos noticiosos de internet en los que se da cuenta de paralizaciones en Europa.
32. Sin embargo, las paralizaciones y/o huelgas a las que se hace referencia en los artículos noticiosos adjuntados como medio probatorio por BERTONANTI están referidas, en concreto, a:
 - (i) las marchas realizadas en el segundo día de un paro nacional convocado en Chile el 25 de agosto de 2011²³,
 - (ii) una marcha de centrales sindicales y paralización o huelga “general” de ocho (8) horas en Italia para el día 6 de setiembre de 2011²⁴,
 - (iii) una huelga de 24 horas de los trabajadores del transporte público de Italia también para el día 6 de setiembre de 2011²⁵,
 - (iv) una paralización de los sindicatos franceses del día 11 de octubre de 2011²⁶,
 - (v) una huelga de asistentes de vuelo en Francia del día 29 de octubre de 2011²⁷,
 - (vi) una “jornada europea de protesta” de trabajadores del sector del transporte ferroviario de 13 países de Europa para el 9 de noviembre de 2011²⁸,
 - (vii) una paralización de trabajadores del transporte público en el Reino Unido para el 9 de noviembre de 2011²⁹,
 - (viii) una posible paralización indefinida (“la huelga será indefinida”) de trabajadores del transporte público en Bulgaria para el 9 de noviembre de 2011³⁰,

²¹ Ver numeral 1 del Escrito presentado el 12 de julio de 2013 (primer párrafo de la pág. 2).

²² Aunque BERTONANTI señaló que las Furgonetas Peugeot Boxer eran fabricadas en la Planta “Seville” en Italia, el Árbitro Único, luego de larga búsqueda en internet, no obstante no haber podido encontrar dicha Planta de Fabricación, ha logrado determinar que dichos modelos se fabrican en la Planta Sevel Sud de propiedad del joint venture Peugeot – Fiat. Para mayor información ver http://en.wikipedia.org/wiki/Peugeot_Boxer

²³ Publicación de “El Comercio” del 25 de agosto de 2011.

²⁴ Publicaciones de “Mundo”, “El Comercio”, “elEconomista.es” y “Público.es” del 6 de setiembre de 2011

²⁵ Publicación de “Spanish.irib.ir” del 7 de setiembre de 2011.

²⁶ Publicación de “finanzas.com” y “hosteltur.com” del 11 de octubre de 2011.

²⁷ Publicación de “América Economía” del 29 de octubre de 2011.

²⁸ Publicaciones de “hosteltur.com” y “trabajadores.cu” del 8 de noviembre de 2011.

²⁹ Publicación de “yphalacev7.blogspot.com” del 9 de noviembre de 2011.

³⁰ Idem.

- (ix) una paralización de trabajadores del transporte público en Portugal para el 9 de noviembre de 2011³¹,
 - (x) una huelga de controladores aéreos italianos prevista para el 18 de noviembre de 2011³² y su posterior anulación³³,
 - (xi) una huelga general en Italia para el 24 de noviembre de 2011³⁴, y
 - (xii) una paralización de periodistas de los medios de comunicación de Italia para el 24 de noviembre de 2011³⁵.
33. Como puede apreciarse, si bien es cierto que algunas de las publicaciones que han sido adjuntadas por BERTONATI como medio probatorio para justificar la demora en el suministro del componente motriz por parte de Peugeot hacen referencia a paralizaciones y huelgas acaecidas en Francia e Italia, también es cierto que varias de ellas hacen referencia a paralizaciones ocurridas en Chile, Portugal, Bulgaria y Reino Unido, lugares que no guardan relación alguna ni con el país desde donde se enviaría el componente motriz (Francia) ni con el país donde se fabricaría dicho componente (Italia), y que han sido aludidos como aquellos en los que se habrían realizados paralizaciones y huelgas que habría ocasionado la demora en el suministro del componente motriz.
34. Pero además, las publicaciones que han sido adjuntadas por BERTONATI tampoco hacen mención a paralizaciones en el sector de la industria automotriz ni en Italia ni en Francia, menos a paralización alguna en la empresa proveedora el componente motriz (Peugeot), sino que, en general, se refieren a paralizaciones de trabajadores del sector del transporte público automotriz o ferroviarios, los mismos que no guardan relación alguna con el referido sector de la industria automotriz.
35. Así, las publicaciones adjuntadas como medio probatorio solo hacen referencia a paralizaciones y/o huelgas cuya extensión no excede las 24 horas y que están referidas a paralizaciones los días 25 agosto (en Chile!!!), 6 de setiembre (en Italia), 11 de octubre (en Francia), 29 de octubre (de los asistentes de vuelo en Francia), 9 de noviembre (de los trabajadores del sector del transporte público y ferroviario) 24 de noviembre (en Italia, incluyendo periodistas).

³¹ Idem.

³² Publicación de “elEconomista.es” del 17 de noviembre de 2011.

³³ Idem.

³⁴ Publicación de “m.unoentrerios.com.ar” – “Ovación” del 24 de noviembre de 2011.

³⁵ Publicación de “El Tiempo” del 24 de noviembre de 2011.

36. Como puede apreciarse, aunque BERTONATI ha acreditado meridianamente la existencia de paralizaciones en Europa no se ha acreditado en ningún caso que el plazo haya sido prolongado o, al menos reiterado, pues solo se acreditado paralizaciones generales, que podrían incluir al sector automotriz, los días 6 de setiembre y 24 de noviembre (en Italia), así como 11 de octubre (en Francia).
37. BERTONATI, por tanto, no ha acreditado la existencia de una o más paralizaciones y/o huelgas de carácter continuando o reiterado, sino paralizaciones puntuales y eventuales en no más de 3 días y con una extensión no mayor a las 24 horas en cada caso, las que, en ningún caso, guardan relación con el pedido de ampliación de plazo de 45 días solicitado.
38. Pero además, a tenor de lo señalado precedentemente, BERTONATI tampoco ha acreditado de manera clara o inequívoca el alcance de dichas paralizaciones, tanto a nivel sectorial (qué gremios y/o sectores estuvieron involucrados con la misma), como a nivel de geográfico (qué países estuvieron involucrados en dichas paralizaciones).
39. Peor aún, incluso reconociéndose de manera unívoca los sectores en los que se habrían realizado las paralizaciones, lo cual no se ha realizado en el presente caso, resulta que los gremios y/o sectores vinculados a las paralizaciones a los que se hace mención en los artículos noticiosos están vinculados a los sectores del transporte público y ferroviario, y no al sector de la fabricación automotriz.
40. Mucho más importante aún es que BERTONATI no ha logrado acreditar, ni tan siquiera de modo tangencial, la relación de causalidad que habría existido entre las paralizaciones aludidas y la demora en la entrega del componente motriz.
41. En efecto, aun en el negado supuesto que hubiera acreditado con meridiana claridad la existencia de paralizaciones relacionadas geográfica y sectorialmente con la empresa proveedora del componente motriz (Peugeot), BERTONATI no ha acreditar la relación existente entre dichas paralizaciones y la suspensión o postergación del procedimiento de fabricación de los vehículos Peugeot Boxer y la consiguiente demora en la entrega del componente motriz en Chile.

42. Dada la importancia de la acreditación de este extremo de la argumentación por parte de BERTONATI, el Árbitro Único preguntó expresamente a sus representantes sobre dicha acreditación y les reiteró el requerimiento para que suministrara la documentación que acreditara dichos hechos.
43. En relación con dicho requerimiento, BERTONATI presentó durante el proceso arbitral documentación diversa con la que pretendió acreditar el impacto de las supuestas paralizaciones en el proceso productivo o de fabricación de las ambulancias³⁶.
44. No obstante, la documentación remitida está relacionada con la demora con la que habría sido remitido el componente motriz por parte de Peugeot desde Francia y con la demora con la que, a su vez, habría sido recibido dicho componente en Chile, con la modificación de los cronogramas de fabricación de las ambulancias en Chile, y con las fechas de arribo de las ambulancias al Perú; pero en ningún caso está relacionada con la acreditación de las razones de dichas demoras por parte de Peugeot Francia o con el impacto con que las mencionadas paralizaciones y/o huelgas acaecidas en Europa habrían afectado el proceso productivo o de fabricación de las furgonetas en la proveedora de BERTONATI (Peugeot) en Francia .
45. Dicho de otro modo, la documentación remitida por BERTONATI no acredita la relación de causalidad entre las supuestas paralizaciones y la demora en la remisión del componente motriz de Peugeot (Francia) a Chile, cuestión que, a la larga, se constituyó en determinante del incumplimiento de BERTONATI.
46. Aunque los argumentos hasta aquí expuestos son concluyentes en relación con la pretensión de BERTONATI, debe hacerse referencia a una cuestión adicional que abunda en el sentido expuesto.
47. El 14 de febrero de 2013, y ante el pedido de información adicional del Árbitro Único, BERTONATI presentó un escrito al que adjuntó, entre otros muchos documentos, una Carta de Peugeot a Braillard del 18 de febrero de 2011, así como un correo electrónico de un representante de Braillard a un representante de BERTONATI de fecha 18 de febrero de 2011 y una Carta de Braillard a BERTONATI de fecha 8 de abril, en los que se hacía referencia a “*problemas en la línea de fabricación*”, a “*demora en la fabricación de las unidades para Fospoli*”, así como a “*protestas sindicales*”, respectivamente.

³⁶ Ver especialmente el Escrito de BERTONATI presentado el 12 de julio de 2013.

48. Con dichas comunicaciones BERTONATI solicitó -y posteriormente logró- una ampliación de plazo contractual de 45 días calendario en el Contrato derivado de la Licitación Pública N° 009-2010-IN-PNP-FOSPOLI – 1ra Convocatoria.
49. En relación con esto, y al margen de la evidente contradicción de los argumentos que sustentaron el pedido de ampliación de plazo en ese caso (pues se hace alusión a “problemas en la línea de fabricación” en un caso y a “protestas sindicales” en otro), dichas comunicaciones evidencian, en el mejor de los casos, que BERTONATI ya conocía de la existencia de problemas de paralizaciones y/o huelgas en Europa, con lo cual no podía admitirse como válido su argumento referido a la extraordinariedad o imprevisibilidad de los hechos que después calificó como “fuerza mayor”.
50. En razón de lo expuesto, el Árbitro Único considera que los argumentos de BERTONATI para sustentar su pedido de ampliación de plazo contractual carecen de fundamento y/o fuerza probatoria, por lo que deben ser desestimados.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO: Sobre la procedencia de la imposición de la penalidad por incumplimiento en la entrega dentro del plazo estipulado en el Contrato y del pedido del Contratista para su devolución.

Los argumentos de BERTONATI en relación con el Segundo Punto Controvertido

51. En relación con la imposición de una penalidad por incumplimiento en la entrega oportuna de las ambulancias, BERTONATI ha argumentado dos (2) cosas:
 - Que ello no es procedente pues correspondía que su solicitud de ampliación de plazo fuera atendida y, en esa medida, quedara sin efecto la penalidad impuesta; y,
 - Que, aun cuando fuera aplicables dicha penalidad, tendría que reformularse su cuantificación pues la Comisión encargada de la recepción de las ambulancias (i) demoró en iniciar sus labores pues sólo las inició cuando estuvieron completas las 25 ambulancias (15 de diciembre), lo cual la perjudicó pues ella había venido poniendo a disposición de FOSPOLI dichas unidades de manera progresiva (8, 10 y 7 unidades) desde el 29 de noviembre; (ii) demoró en llevar a cabo su labor pues se tomó hasta 20 días para culminar el procedimiento de recepción; y (iii) contabilizó la demora

hasta el 5 de enero de 2012 (más de 45 días de atraso), fecha en la que se dieron por subsanadas las últimas observaciones, y no hasta el 15 de diciembre de 2011 (30 días de atraso), fecha en la que cumplió con entregar la totalidad de las ambulancias³⁷.

Los argumentos de FOSPOLI en relación con el Segundo Punto Controvertido

52. En relación con la imposición de la penalidad por demora en la entrega de las ambulancias, FOSPOLI ha señalado que *“lo que se tiene que tener en claro es que las mismas fueron recepcionadas después de vencido el plazo de entrega, motivo por el cual, y de conformidad con la normatividad vigente, se procedió a ejecutar la penalidad conforme lo establecido en la cláusula DECIMO SETIMA del contrato, precisándose que se establecerá hasta en un 10% del monto contractual en concordancia a lo dispuesto en el artículo 165º del Reglamento de la Ley de Contrataciones”*³⁸.
53. Asimismo, y como hemos señalado precedentemente, FOSPOLI ha señalado que, conforme la Cláusula Tercera del Contrato, *“la entrega de la totalidad de ambulancias contratadas se realizará en un solo internamiento de acuerdo al cronograma de entrega señalado (...)"*³⁹.
54. En el mismo sentido, FOSPOLI ha señalado también que, conforme a la citada Cláusula Tercera del Contrato *“la Entidad no está obligada a recibir los vehículos después de la fecha límite de entrega, sin lugar a reclamo del contratista por daños y perjuicios”*.
55. Por ello, la pretensión de BERTONATI de entregar de manera sucesiva y parcial los bienes objeto del contrato viola su obligación de *“someterse a los términos y condiciones del contrato, (pues) la contratista debió cumplir con entregar la TOTALIDAD DE LOS BIENES DETALLADAS EN EL CONTRATO, y no pretendiendo internar solo parte de ellos”*⁴⁰.

³⁷ Ver especialmente el Numeral 3 del Escrito de BERTONATI presentado el 13 de febrero de 2013 (págs. 6 a 9).

³⁸ Numeral 15 de los Fundamentos de Hecho de su Escrito de Contestación de Demanda presentado el 14 de agosto de 2012 (último párrafo de la pág. 4 y primero de la pág. 5).

³⁹ Numeral 2 de los Fundamentos de Hecho de su Escrito de Contestación de Demanda presentado el 14 de agosto de 2012 (último párrafo de la pág. 2).

⁴⁰ Numeral 11 de los Fundamentos de Hecho de su Escrito de Contestación de Demanda presentado el 14 de agosto de 2012 (segundo párrafo de la pág. 4).

La posición del Árbitro Único en relación con el Segundo Punto Controvertido

56. Es objeto de análisis en el presente extremo del Laudo la determinación de la procedencia o improcedencia de la penalidad impuesta en contra de BERTONATI por entrega de las ambulancias fuera del plazo contractualmente establecido.
57. Veamos. La Cláusula Tercera del Contrato establece lo siguiente:

"CLAUSULA TERCERA: PLAZO DE ENTREGA

La entrega de la totalidad de ambulancias contratadas se realizará en un solo internamiento de acuerdo al cronograma de entregas señalado (...) (...)

La Entidad no está obligada a recibir los vehículos después de la fecha límite de entrega, sin lugar a reclamo del contratista por daños y perjuicios ..."

58. A su turno, el artículo 165º del Reglamento establece lo siguiente:

"Artículo 165.- Penalidad por mora en la ejecución de la prestación

En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. Esta penalidad será deducida de los pagos a cuenta, del pago final o en la liquidación final; o si fuese necesario se cobrará del monto resultante de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento o por el monto diferencial de propuesta.

En todos los casos, la penalidad se aplicará automáticamente y se calculará de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$\text{Penalidad diaria} = \frac{0.10 \times \text{Monto}}{F \times \text{Plazo en días}}$$

Donde F tendrá los siguientes valores:

- a) Para plazos menores o iguales a sesenta (60) días, para bienes, servicios y ejecución de obras: $F = 0.40$.
- b) Para plazos mayores a sesenta (60) días:
 - b.1) Para bienes y servicios: $F = 0.25$.
 - b.2) Para obras: $F = 0.15$.

Tanto el monto como el plazo se refieren, según corresponda, al contrato o ítem que debió ejecutarse o, en caso que estos involucraran obligaciones de ejecución periódica, a la prestación parcial que fuera materia de retraso.

Cuando se llegue a cubrir el monto máximo de la penalidad, la Entidad podrá resolver el contrato por incumplimiento.

Para efectos del cálculo de la penalidad diaria se considerará el monto del contrato vigente".

- 59. La Cláusula Décimo Séptima del Contrato recoge la fórmula citada precedentemente aplicándola a los supuestos aplicables al presente caso (coeficientes de multiplicación, naturaleza de la prestación, plazos contratados, etc.).
- 60. En relación con la procedencia para la aplicación de una penalidad por entrega fuera del plazo contractual, debe señalarse que, conforme se ha señalado en el ítem precedente del presente Laudo, BERTONATI no ha acreditado justificante alguna para sustentar su pedido de ampliación del plazo contractual o, lo que es igual, su pedido para el reconocimiento de entrega oportuna de los bienes objeto del contrato.
- 61. En ese sentido y siendo que los bienes han sido entregados fuera del plazo contractualmente establecido y en aplicación de lo establecido por las citadas Cláusulas Tercera y Décimo Séptima del Contrato, así como por la 165° del Reglamento, corresponde la aplicación de una penalidad por ello.
- 62. Ahora bien, en relación con la cuantificación de dicha penalidad, y conforme se ha visto precedentemente, BERTONATI ha argüido hasta tres (3) situaciones distintas que podrían haber incidido en la referida cuantificación de la penalidad.

63. En primer lugar, ha señalado BERTONATI que la Comisión encargada de la recepción de las ambulancias demoró en iniciar sus labores pues sólo las inició cuando estuvieron completas las 25 ambulancias (15 de diciembre), lo cual la perjudicó pues ella había venido poniendo a disposición de FOSPOLI dichas unidades de manera progresiva (8, 10 y 7 unidades) el 29 de noviembre, el 9 de diciembre y el 15 de diciembre.
64. Sobre el particular, deberá tenerse presente las condiciones pactadas en la Cláusula Tercera del Contrato en relación con que la entrega de la totalidad de ambulancias contratadas se realizara en un solo internamiento de acuerdo al cronograma de entregas señalado.
65. Siendo que las partes habían establecido expresamente la obligación de entregar la totalidad de las ambulancias "*en un solo internamiento*", atendiendo a que la demandante no cuestionó la obligación previamente citada, o su lógica o naturaleza, y al margen del "perjuicio" que ello supone para el interés de BERTONATI, la Entidad tenía la obligación de esperar a que la totalidad de las ambulancias se encuentre completa, como en efecto realizó, para poder iniciar con su labor de verificación de la conformidad de las mismas.
66. En segundo lugar, ha argumentado BERTONATI que la Comisión de Recepción de las ambulancias demoró en llevar a cabo su labor pues se tomó hasta 20 días para culminar el procedimiento de recepción, desde el 15 de diciembre, fecha en la que verificó la existencia de las 25 ambulancias, hasta el 5 de enero, fecha en la que finalmente otorgó su conformidad a las ambulancias entregadas.
67. Veamos. Constatada la existencia del número de ambulancias contratadas el 15 de diciembre de 2011, la Comisión de Recepción inició su labor para determinar la conformidad de las mismas al día siguiente viernes 16 de diciembre, continuando el lunes 19, martes 20 y miércoles 21 de diciembre de 2011, conforme consta en las Actas de Verificación de Equipamiento de las ambulancias de dichas fechas, las que obran en autos y han sido suscritas por los representantes de ambas partes.
68. En tal sentido, la verificación de la conformidad de la existencia y equipamiento de las 25 ambulancias suministradas por BERTONATI fue realizada de manera continuada en 4 días hábiles o 6 calendario, desde el 16

hasta el 21 de diciembre y no en los 20 días calendario que señala el demandante.

69. Ahora bien, si bien dicho procedimiento de verificación de la conformidad de la existencia y equipamiento de las ambulancias culminó efectivamente el 5 de enero de 2012, omite BERTONATI señalar que ello se debió a que le fueron realizadas hasta 2 sucesivas observaciones a las ambulancias cuyo número recién completó el 15 de diciembre, siendo que algunas de las observaciones efectuadas los días 16 al 21 de diciembre fueron reiteradas el 2 de enero de 2012.
70. En tal sentido, no resulta exacto pretender trasladar la responsabilidad por la demora en la recepción y conformidad de las ambulancias a la Comisión de Recepción cuando ello se debió, principalmente, a la existencia de observaciones por parte de dicha Comisión, las mismas que, por añadidura, fueron aceptadas sin reclamo alguno por el representante de BERTONATI presente en dichos actos.
71. En tercer y último lugar, ha señalado BERTONATI que la Comisión de Recepción de las ambulancias contabilizó la demora hasta el 5 de enero de 2012 (más de 45 días de atraso), fecha en la que se dieron por subsanadas las últimas observaciones, y no hasta el 15 de diciembre de 2011 (30 días de atraso), fecha en la que cumplió con entregar la totalidad de las ambulancias.
72. Sobre el particular, debe señalarse que, conforme a lo establecido por el artículo 177º del Reglamento, solo con la conformidad de la prestación se genera el derecho al pago del contratista.
73. En tal sentido, y como hemos señalado precedentemente, si bien las ambulancias fueron entregadas a la Entidad el 15 de diciembre de 2011, recién el 5 de enero de 2012 fueron levantadas todas las observaciones que pendían sobre ellas, por lo que sólo a partir de dicha fecha podía dejar de contabilizarse el plazo por la demora y, con ello, la aplicación de la penalidad correspondiente.
74. En razón de lo expuesto, el Árbitro Único considera que los argumentos de BERTONATI para sustentar su pedido de improcedencia de la penalidad impuesta por demora en la entrega de las ambulancias y de modificación de la

cuantificación establecida en dicha penalidad carecen de fundamento, por lo que deben ser desestimados.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO: Sobre la procedencia del pedido del Contratista para la emisión de las Constancias de Prestación y las Constancias de Conformidad a favor del Contratista, respecto al internamiento de veinticinco (25) ambulancias.

Los argumentos de BERTONATI y FOSPOLI en relación con el Tercer Punto Controvertido

75. A pesar de haber sido incluida como una de las pretensiones de BERTONATI en su demanda y de haber sido incluido como uno de los puntos controvertidos en el proceso arbitral, ninguna de las partes ha argumentado algo en relación con el presente extremo de los puntos controvertidos.

La posición del Árbitro Único en relación con el Tercer Punto Controvertido

76. Es objeto de análisis en el presente extremo del Laudo la determinación de la procedencia o improcedencia de la solicitud para el otorgamiento de las Constancias de Prestación y las Constancias de Conformidad a favor del Contratista, respecto al internamiento de veinticinco (25) ambulancias.

77. Veamos. El artículo 178º del Reglamento establece lo siguiente:

“Artículo 178º.- Constancia de prestación

Otorgada la conformidad de la prestación, el órgano de administración o el funcionario designado expresamente por la Entidad es el único autorizado para otorgar al contratista, de oficio o a pedido de parte, una constancia que deberá precisar, como mínimo, la identificación del objeto del contrato, el monto correspondiente y las penalidades en que hubiera incurrido el contratista.

Sólo se podrá diferir la entrega de la constancia en los casos en que hubiera penalidades, hasta que éstas sean canceladas”.

78. No parece haber duda respecto de la obligación de la Entidad de otorgar la Constancia de Prestación a BERTONATI en los términos establecidos por la citada norma del Reglamento, máxime si, como en el presente caso, FOSPOLI ya dedujo del pago efectuado la penalidad impuesta.

79. Ello puede explicar el por qué FOSPOLI no se ha pronunciado al respecto.
80. Sin embargo, aunque no ha sido explicitada por BERTONATI en su demanda, parece ser que su pretensión está destinada a la obtención de una conformidad y una Constancia de Prestación que no incluya la referencia a penalidad.
81. En relación con ello, conviene entonces precisar que, si bien la Entidad se encuentra obligada a emitir una conformidad y otorgar a la contratista una Constancia por la Prestación efectuada, ello deberá realizarse en los términos reconocidos en el presente laudo, vale decir incluyendo, entre otros, la demora en la entrega de los bienes objeto del contrato y aplicación de las penalidades derivadas de ello realizadas por FOSPOLI.

CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO: Sobre la procedencia del pedido del Contratista para que la Entidad asuma la integridad de los costos y costas del proceso arbitral más los gastos administrativos asumidos por el Contratista.

Los argumentos de BERTONATI en relación con el Cuarto Punto Controvertido

82. BERTONATI ha señalado que como *“consecuencia del inicio del presente proceso arbitral, se ha visto en la necesidad de contratar los servicios profesionales de asesoría y consultoría externa especializada (...), ocasionando más gastos económicos (...) los mismos que deberán ser asumidos por la parte demandante ...”*.
83. De igual manera, BERTONATI señala *“ha cumplido con el pago de los honorarios profesionales fijados por el Tribunal Arbitral (...) los cuales deberán ser asumidos por la parte demandada en la condena”*.
84. En razón de ello, la demandante solicita que *“se ordene a esta Entidad para que pague todos los gastos incurridos por nuestra representada por concepto de costas, costos, gastos administrativos, que ha tenido que asumir nuestra empresa a consecuencia del presente proceso arbitral”*.

Los argumentos de FOSPOLI en relación con el Cuarto Punto Controvertido

85. Finalmente, en relación con la asunción de las costas y costos derivados del proceso arbitral, FOSPOLI señala que *"el inicio del proceso arbitral ha sido a solicitud de Bertonati Technologies S.A., siendo por consiguiente de responsabilidad del mismo sus gastos incurridos, más aun si el mismo pretende librarse de su obligación contractual de DAR, con una ambigua y poco seria ampliación de plazo, la cual ya ha sido citada y comentada en los párrafos precedentes"*⁴¹.

La posición del Árbitro Único en relación con el Cuarto Punto Controvertido

86. Establece el numeral 2 del artículo 56º de la Ley de Arbitraje que *"el tribunal arbitral se pronunciará en el laudo sobre la asunción o distribución de los costos del arbitraje de conformidad con el artículo 73º"*.
87. A su turno, el artículo numeral 1 del artículo 73º de la Ley de Arbitraje establece que:
- "1. El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso".*
88. En el presente caso, el Árbitro Único considera que ambas partes mantuvieron un buen comportamiento procesal a lo largo de todo el proceso.
89. Sin embargo, habiendo sido BERTONATI la responsable por el inicio y existencia misma del presente proceso arbitral y al haberse acreditado que BERTONATI incumplió con su obligación de entregar las ambulancias dentro del plazo contractual establecido para ello sin que haya podido acreditar la existencia de una justificación para ello o para la ampliación del plazo solicitada, corresponde disponer que dicha parte vencida asuma directamente las costas y costos generados.

⁴¹ Numeral 17 de los Fundamentos de Hecho de su Escrito de Contestación de Demanda presentado el 14 de agosto de 2012 (tercer párrafo de la pág. 5).

POR TANTO

Por las razones expuestas, de acuerdo a lo establecido por la Ley de Arbitraje, el Árbitro Único en Derecho:

LAUDA:

PRIMERO: Declarar **INFUNDADA** la primera pretensión formulada BERTONATI y, en consecuencia, **CONFIRMAR** el acto por el FOSPOLI desestima la solicitud de ampliación de plazo de 45 días calendario planteada por BERTONATI.

SEGUNDO: Declarar **FUNDADA** la segunda pretensión formulada BERTONATI y, en consecuencia, **ORDENAR** a FOSPOLI que cumpla con emitir la Conformidad y otorgar a BERTONATI la Constancia de Prestación incluyendo, entre otros, la demora en la entrega de los bienes objeto del contrato y aplicación de las penalidades derivadas de ello realizadas por FOSPOLI.

TERCERO: Declarar **INFUNDADA** la tercera pretensión formulada BERTONATI y, en consecuencia, **ORDENAR** a BERTONATI que asuma directamente y le reconozca a FOSPOLI las costas y costos generados en el presente proceso arbitral.



NILO ADRIEL VIZCARRA RUIZ
Árbitro Único

NVR/



ANTONIO CORRALES GONZALES
Director de Arbitraje Administrativo